auch jene exceptio, wenngleich unter verschiedenen Modificationen, eintritt, unter die Realcontracte zählen; so wie wenn Justinian das, auch sonsten so begünstigte, depositum vor den übrigen Realcontracten von diesem jus singulare ausnimmt[55]). Endlich verstehen sich nach dieser Theorie die, auch ohne dieselbe wohl erklärbaren, c. c. 6. et 11. C. h. t. von selbst.

§. 9.

Noch könnte man nach dem römischen Rechte die Frage aufwerfen: ob die exc. n. n. p. blos bei den sogenannten nominaten, oder auch bei den s. g. innominaten Realcontracten zu gestatten sey? Nach c. c. 5. 13. C. h. t. muß man sie allerdings auch bei den letzteren zulassen, in sofern sie mit einem dare anfangen. Nach dem in Deutschland geltenden Rechte hingegen, nach welchem die contractus reales innominati als contractus consensuales gelten, fällt jene Frage von selbst hinweg. Ich brauche wohl kaum noch zu bemerken, daß, wenn auch nach dem römischen Rechte die Verträge über die künftige Eingehung eines Realcontracts keine Klage gaben, und dieser Umstand vielleicht zur Entstehung der exc. n. n. p. beigetragen haben sollte, bei den Deutschen dagegen auch diese Verträge klagbar sind — daß dies Alles auf die heutige Anwendung der exc. n. n. p. gar keinen Einfluß haben kann, da die benannten Realcontracte der Natur der Sache nach ihre, vor den übrigen Verträgen sie auszeichnende, Eigenthümlichkeit behalten mußten.

---

# X.

## Bemerkungen über den Werth, die Natur und Gränze des sogenannten Provocations-Processes; und über einzelne Erscheinungen in seinem Gebiete *).

Von dem
Dr. jur. M. W. Breidenbach, Großherzl. Hessischem Hofgerichts-Advocaten zu Darmstadt.

### Abhandlung II.

1) Finden die beiden Provocationen blos in Ermanglung anderer Rechtsmittel statt? — und zugleich

55) c. 14. §. 1. C. h. t.

*) S. dies. Archiv Bd. 3. Nro. XXI

## 2) Einiges über die außerordentlichen Rechtsmittel des römischen Rechts, ad L. 16. pr. D. de minorib. (4. 4.)

§. 1.

Der Proceß, als das Mittel, das todte materielle Recht wirkend ins Leben einzuführen, ist wohl Form, nicht aber seelenloses Formenwesen. Wenn man ihn gleichbedeutend mit einem verjährten Schlendrian nimmt, so verdient er die Geringschätzung, die ihm von vielen neuern Juristen zu Theil wird. Aber er ist das Palladium des Rechts, und wissenschaftlicher Bearbeitung hochwerth! — Schwierig allerdings ist ein gründliches Studium desselben. Die Dürftigkeit der, dennoch so mannichfaltigen, und buntscheckigen Quellen veranlaßt sehr leicht, die Erfahrung hat es gezeigt, dem Gesetze Willkühr zu substituiren, nach Neuerungen haschend aus sich selbst subjective Sätze zu schöpfen, und sodann diese als Gesetze auszugeben. Der entgegengesetzte Weg, ein ängstliches pedantisches Herüberziehen veralteter Satzungen auf neue Lebensverhältnisse, besonders das Anwenden römischer, an und für sich zur Antiquität gewordener, Sätze auf ganz heterogene Verzweigungen des deutschen Rechtslebens, bezeichnet die Ausbildung des Prozesses im siebzehnten und in der größern Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts.

Der deutsche Rechtssatz, nackt und unausgebildet da stehend, muß allerdings durch den Romanisten, wo er einer Erläuterung oder Ergänzung bedarf, geformt, es muß diese aus dem römischen Recht entlehnt werden; durchaus unstatthaft ist es aber, wenn er bestimmt und allgemein spricht, ihn durch jenes Hülfsrecht zu beschränken, und Fälle unter ihn n i c h t zu subsumiren, die laut seiner Fassung ihm angehören.

Von diesen Grundsätzen ausgegangen, möchte sich vielleicht die Streitfrage, welche den Gegenstand dieser Abhandlung bildet, aus der Reihe der Controversen streichen lassen.

## §. 2.

In den meisten deutschen Gerichtshöfen ist als Regel angenommen: „daß, so lange man sich auf andere Weise helfen könne, man zu den Provocationen nicht schreiten dürfe;“ oder kürzer ausgedrückt: „daß die Provocationen subsidiärer Natur seyen.“ Von den Rechtsgelehrten ist Martin streng dagegen; Glück und Claproth unterscheiden und erklären die Prov. e. l. diffam. für subsidiär, nicht aber die Prov. ex lege: Si contendat. Schweitzer erklärt sich nur in Betreff der Prov. ex lege: Diffamari gegen die Praxis, über die andere Provocation schweigt er ganz. Thibaut hat sich gar nicht erklärt. Für jene Praxis streiten alle ältern mit wenigen Ausnahmen, und sodann Danz, Koch, Bülow und Hagemann, und, was man bei seiner Vorliebe für die Provocationen nicht hätte erwarten sollen, Gönner [1]). Die, welche die subsidiäre Eigenschaft der Provocationen vertheidigen, stützen sich auf L. 16. pr. D. de minoribus (4. 4), indem ja darin ausdrücklich gesagt wird: „daß ein außerordentliches Rechtsmittel blos in Ermangelung eines ordentlichen statt finden solle“. Die Gegner lassen sich verneinend ein, und verlangen den Beweis des Mittelsatzes: „daß nämlich

---

1) Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 244. Note v. Glück, Commentar. Bd. VI. S. 486 ꝛc. (wo er die Prov. e. l. d. nicht zuläßt, wenn man denselben Zweck durch eine andere Klage erreichen kann) S. 508. Claproth, Einleitung in sämtliche summarische Prozesse, §. 270. 274. 286. Schweitzer, über den Provocationsprozeß, S. 59—62. Thibaut, Pandektensystem §. 1215. f. *Carpzov*. Resp. II., 57. 5. *Berger*, Oecon. Jur. pag. 932. und in Elect. Proc. Prov. Th. 8. *Winckler*, Opusc. pag. 932. *Wernsdorf*, D. de remedio provoc. e. L. s. cont. in processu executivo. Vit. 1773. p. 19. etc. *Mevius*, Dec. p. I. Dec. 144. Danz, summarische Prozesse §. 74. *Koch* (resp. *Besserer*) D. de foro competente prov. 1777. p. 15. et 16. Bülow und Hagemann, practische Erörterungen Bd. IV. Nro. VI. S. 37. Gönner, Handbuch Bd. IV. Abh. LXXIII. §. 10.

die Provocationen außerordentliche Rechtsmittel seyen“, ehe sie den Sorides passiren lassen wollen 2). Allein in der Theorie des Processes ist es nicht, wie im Proceß selbst, wo man die Beweislast gerne von sich und auf andere schiebt, und wohl daran thut. Uebernehmen wir daher getrost den Beweis der Negative: „daß L. 16. gar nicht hieher gehört, daß die Provocationen keine außerordentlichen Rechtsmittel sind, und daß man sich ihrer illimitirt bedienen kann.“ Fassen wir jedoch zuvor noch die Gründe derjenigen ins Auge, die sich nicht blos auf L. 16. cit. berufen.

„Wer selbst klagen kann,“ sagt Gönner 3) „darf sich „einer Provocation nicht bedienen, um den Gerichtsstand, die „Rollen der streitenden Theile, Rechtsmittel und Beweislast, „zu verdrehen.“ Der Gerichtsstand ändert sich wohl in dem von Gönner unterstellten Fall; allein dieses beweiset nichts, denn es gibt kein Gesetz, welches verbietet, in eigenen Rechtsverhältnissen Evolutionen eintreten zu lassen, wodurch indirect der Gerichtsstand sich ändert. Eben so wenig passen die andern Momente. Bei jeder Provocation tritt der, welcher im möglichen Fall späterhin Beklagter wird, als Kläger auf, in sofern man das zuerst vor den Schranken des Gerichts erscheinende und anrufende Subject so nennen will. Wenn nun derjenige, dem eine andere Klage zu Gebote steht, und der doch provocirt, aus dem Grunde abgewiesen werden soll, weil die Partheirollen verwechselt würden, so muß er auch abgewiesen werden, wenn ihm keine andre Klage zu Gebote steht, indem grade hier, und nur hier, die Metamorphose eintritt, wo der künftige Beklagte als Kläger auftritt, dort aber der jetzige Kläger auch hätte klagen müssen. Und will man weiter einwerfen: „er könne nun per modum exceptionis vor-

---

2) Schweitzer l. c., der übrigens den sonderbaren Grund, den *Wernsdorf* l. c. angibt: „quia magis usu fori quam legi scriptae debetur“, treffend ad absurdum führt.

3) l. c. §. 10.

bringen, was er sonst per modum actionis hätte anhängig machen müssen," so tritt der Rechtssatz entgegen: excipiendo reus fit actor! Wer eine wahre Einrede vorschützt, geht der gesetzlichen Gunst als Beklagter verlustig, muß den thatsächlichen Grund seiner Einrede erweisen u. s. w. Was zuletzt die befürchtete Confusion der Rechtsmittel und Beweise betrifft, so können diese (die Rechtsmittel und Beweise nämlich) sich in jedem Rechtsstreit durch Incidentpunkte u. drgl. häufen, dürfen aber weder den gewandten Advocaten, noch den den Proceß leitenden, gediegenen Richter, confus machen. Die Argumente Gönners gehören also entweder gar nicht hieher, oder beweisen zu viel, und darum nichts.

§. 3.

Bülow und Hagemann [4]) erklären die Aufforderungen für außerordentliche Rechtsmittel, weil sie keine ordentliche (welcher Zirkel?!) besondere Klage, sondern ein ungewöhnliches (?), von dem regelmäßigen Rechtsgang abweichendes, Verfahren enthalten. Allein hier scheint diese Gelehrten ihr sonst so richtiger practische Blick verlassen zu haben. Daß jeder summarische Prozeß von dem regelmäßigen Rechtsgang sich entfernt, bezweifelt wohl niemand; eben so gewiß ist es, daß in sehr vielen Fällen des summarischen Processes (Executiv-, Mandats-, Wechsel-Proceß u. s. w.) man auch den ordentlichen wählen kann. Also müßte man den letztern wählen?! Statt des außerordentlichen Rechtsmittels der Nullitätsklage darf ich innerhalb der zehn Tage stets das ordentliche der Berufung einwenden — also muß ich letztere ergreifen — und darf ich nicht intra decendium die Nichtigkeitsklage gebrauchen? — Der Grund, den man bei Gail [5]) findet, „daß ja die Kammerger. Ref. von 1531. §. 35. eine causae cognitio vorschreibe", blieb mir lange unverständlich; bloß ein Zufall hellte mir ihn auf. Gail hat

4) l. c.

5) Obs. II. 35. 5.

wahrscheinlich die L. 4. C. de his quae vi (2. 20.) im Auge gehabt, die verordnet, daß die actio metus nach dem Jahre blos causa cognita statt finden soll, und sodann hinzusetzt: quae *causae cognitio* eo pertinet, ut ita demum decernatur, si alia actio non sit. Daß aber die *causae cognitio* des Reichsgesetzes blos nach der allgemeinen Bedeutung dieses Wortes, als richterliches Einsehen [6], zu nehmen ist, nicht aber aus L. 4. cit. erklärt werden darf, wo Gordian unter *causae cognitio* gerade etwas individuelles verstanden wissen will, das fällt in die Begriffe. Eben so gut könnte man auch sagen: die causae cognitio des Reichsgesetzes bestehe darin, daß Provocant nicht geleugnet haben darf, ein Gesellschafter gewesen zu seyn, und nicht aus dolus obligirt seyn dürfe, indem es in L. 22. §. 1. de re jud. (42. 1.) heißt: causae cognitio in hoc erit, ut neganti se socium esse, aut ex doli clausula obligato, non succurratur.

Zachariä wird mit Unrecht von Schweitzer [7]) zu denjenigen gerechnet, welche die Provocation für subsidiär ausgeben. Jener scharfsinnige Gelehrte wirft nämlich die Frage auf: »ob der Herr eines Grundstücks den provociren dürfe, welcher sich auf den Fundus eine Servitut anmaßt?« und verneint diese Frage; nicht aber aus dem Grunde, weil er die Provocationen für außerordentliche Rechtsmittel hielte, sondern weil 1) die Negatorienklage eine Art der Provocation, und 2) es nicht verstattet sey, durch Substituirung der Provocation die Ordnung der Negatorienklage zu stören [8]).

6) L. 3. D. de in int. rest. (4. 1.) L. 27. D. de Procur. (3. 3.) L. 13. §. 1. L. 24. §. ult. L. 44. D. de minorib. (4. 4.) L. 5. §. 1. de his, quae ut ind. (43. 9.) L. 1. §. 2. de R. V. (6. 1.) L. 8. §. 8. de Transact. (2. 15.) Paul. Sent. rec. I., VII. §. 3.

7) l. c. p. 59.

8) *Zachariae* Liber quaest. Wit. 1805. qu. 30. §. 3. Beide Sätze scheinen mir aber nicht ganz richtig zu seyn. Die Negatorienklage ist keine Species der Provocationen, insofern 1) bei

§. 4.

Es ist sonderbar, daß keiner der Gelehrten, die sich mit vorliegender Streitfrage beschäftigt haben, auf den Gedanken gekommen sind, zu untersuchen: was heißt denn ein außerordentliches Rechtsmittel? Hierdurch allein wird es möglich, den Knoten wenigstens zu schürzen, denn bis jezt, so scheint es mir, wußte man nicht recht genau, worüber man stritte. Fragen wir die Juristen: was ist denn ein außerordentliches Rechtsmittel? so erhalten wir die Antwort: „ein solches, welches blos in Ermangelung eines ordentlichen statt findet;“ und quästionirt man weiter: „was ist nun ein ordentliches?“ so muß, nach der bisherigen Behandlung der Sache, nothwendig geantwortet werden: „ein solches, welches kein außerordentliches ist?“ Hat man sich nun eine Zeitlang in diesem Zirkel herumgedreht, so geht es geläufig, und die gewöhnlichste juristische Melodie, die der Sohn dem Vater und beiden der Enkel nachsingt, ist vorhanden. Allein die ganze Unterscheidung zwischen diesen beiden Arten von Rechtsmitteln ist eben so unnöthig, als unrechtlich. Ihre Quelle und Veranlassungsursache ist die anzogene L. 16. pr. D. de minoribus. 4. 4.

---

diesen, nicht aber bei jener, der Beweis des Berühmens vorausgehen muß, auch 2) dem der Provocation nicht Folge Leistenden ewiges Stillschweigen, dem ungehorsamen mit der Negatorienklage Beklagten aber ein Beweis aufgelegt wird, und weil 3) bei der Prov. das Gesuch dahin geht: Provocat solle entweder auftreten oder ewig schweigen, bei der Nkl. aber: Beklagter solle mit seiner angem. Sevitut abgewiesen werden (§. 2. J. de actionib. 4. 6.), von zwei in Form und Wesen verschiedenen Rechtsmitteln aber das eine nicht als Art des andern betrachtet werden kann; und endlich weil 4) nach der Kammerger. Ref. von 1531. §. 35. im Röm. Recht blos ein Fall (L. 28. de fidejussorib.) vorhanden seyn soll. Stellt also jemand die Provocation an, so stellt er die von ihr ganz verschiedene Negatorienklage nicht an — und dann ist auch nicht einzusehen, wie die nicht angestellte Klage turbirt werden könne.

Gesetzt, es wäre in diesem Gesetz ein genereller Satz ausgesprochen, so wird doch auch jeder, der nur einigermaßen vertraut mit dem Corpus juris ist, wissen, daß es mit solchen Aphorismen eine mißliche Sache ist, und daß ein gar wunderliches Rechtssystem heraus kommt, wenn man zuviel auf sie baut. Man nehme nur z. B. die Worte der L. 22. pr. D. de R. J. »in personam servilem *nulla* cadit obligatio«. Also könnte der Sclave gar nicht, weder civiliter noch naturaliter, weder aus Verträgen, noch aus Verbrechen, obligirt werden. Und doch lehrt L. 43. D. de O. et A. (44, 7.) etwas anders, und zeigt, daß es mit dem allgemeinen Satz der L. 22. D. de R. J. nichts ist. Eben so würde L. 41. D. de O. et A. [9]) unsere L. 16. D. de minoribus beschränken, wenn diese einer Beschränkung bedürfte. Zieht man in Erwägung, in welchem Titel der Pandekten sie steht, von wem und bei welcher Gelegenheit sie ausgesprochen wurde, so sieht man, daß sie blos in Bezug auf ein Rechtsmittel niedergeschrieben ist, welches der Prätor dem Minderjährigen gab, und von dem man in den ältern Gesetzen auch nicht eine Spur findet.

Wenngleich die bekannte Stelle bei *Dio Cassius* [10]) etwas zu bitter, und *Heineccius* [11]) in seinem Eifer gegen die Prätoren vielleicht zu weit gegangen seyn mag (er nennt sie unter andern *eversores* juris civilis, so ist doch soviel gewiß, daß es die Römischen Magistraten mit dem Eide, den sie auf die Gesetze schwören mußten, eben nicht so ganz genau nahmen, und, daß die Prätoren, ihre ihnen gesetzlich angewiesene [12]) Befugniß oft überschreitend, der lex scripta ins Angesicht eine höfliche Verbeugung machten, so oft sie ihr von

---

9) Von dieser Stelle unten §. 7. ein Mehreres.
10) Histor. XXXVI. 21.
11) Hist. jur. I., 69. Ant. Jur. I., 24. vergl. auch *Bach* Hist. jur. p. 219. 220.
12) L. 11. D. praesc. verb. (19. 5.)

der entgegengesetzten Seite einen derben Stoß versetzt hatten. Ihre Vorschriften hatten große Autorität, aber Gesetze durften sie nicht machen [13]; waren nun diese in jenen der That nach dennoch enthalten, so war es sehr natürlich, daß sie dem alten Recht zu Liebe hinzusetzten: „nur wenn man sich auf andre Weise nicht helfen könne — solle man sich des neuen Rechtsmittels bedienen“.

Ein bis dahin unerhörtes Institut führte der Prätor durch sein Edict über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Minderjährigkeit ein, und die Worte des Edicts: quod cum minore quam XXV. annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam [14], sind so allgemein gefaßt, daß man daraus machen konnte, was man nur wollte. Was der Prätor daraus gemacht hat, zeigt historisch der Pandektentitel: de minoribus; und es war nicht mehr als billig, daß diese Vorschriften blos in subsidium angewendet werden sollten. Daß den Prätor blos ein Billigkeitsgefühl leitete, sagt das Gesetz ausdrücklich [15]. Bei der actio doli concurrirte noch ein anderer Grund, nämlich die individuelle Beschaffenheit des Römers, der zu einem, welcher wissentlich die Unwahrheit spricht, nicht sagt: „Du lügst“; sondern: Du umschreibst.“ Die Honestas, für der selbst, der sonst doch nicht blöde, Römische Fiscus Scheu trug, greift in gar viele Elemente des Römischen Rechts ein [16] — und sie verbot, sich einer famosen Klage zu bedienen, so lange man sich sonst helfen konnte.

---

13) §. 7. J. de jure naturali rel. (1. 2.) Eben so wenig durfte der Pr. gegen Gesetze anstoßen. L. 28. §. 2. e. q. c. (4. 6.)

14) L. 1. §. 1. D. de minorib. (4. 4.)

15) L. 1. pr. eodem.

16) L. ult. C. ne fisc. rem. (10. 5.) L. 42. D. de ritu nupt. (23 2.) L. 197. D. de R. J. (50. 17.) L. 53. D. de pactis (2. 14.) L. 1. §. 5. D. de extraord. cogn. (50. 13.)

§. 5.

Jenen bei der Wiedereinsetzung wegen Minderjährigkeit vorkommenden Satz generalisirten die Rechtsgelehrten, und dehnten ihn auf alle Restitutionen aus — und die Prozessualisten schufen daraus sogar die Grundmaxime: „ein jedes außerordentliche Rechtsmittel findet blos in Ermangelung eines ordentlichen statt.“ So zählt Thibaut 17) zu den Haupterfordernissen einer jeden Restitution, daß der Verletzte nicht in der Lage seyn müsse, durch ordentliche Mittel den Schaden von sich abwenden zu können“ 18). Um dieses zu erweisen, beruft sich der mit Recht hochverehrte Thibaut auf L. ult. C. de his quae vi. 2. 20. 19); sodann auf L. 21. §. 3. D. Quod metus. 4. 2. 20), und auf L. 16. pr. D. de minoribus. 4. 4. Allein die erste Stelle schreibt vor: „daß allem, was per potentiam ausgepreßt ist, die Kraft benommen werden solle, (also nicht, daß es nichtig seyn solle). Dieß beweiset nichts für und nichts wider die fragliche Theorie, und sagt nichts mehr und nichts weniger, als die Worte des Edicts: quod metus causa gestum erit, ratum non habebo 21). Die zweite Stelle bezieht sich auf den Grundsatz: „daß gegen ein Geschäft, welches null ist, aus dem gar keine Obligatio entspringt, von dem man sagen kann: nihil actum est, keine Restitution ertheilt zu werden braucht“; denn es wäre sinnlos, eine Sache auf den alten Standpunkt wieder hinstellen zu wollen, die sich von dem

---

17) Pandektensystem §. 1002.

18) Ebenso *Lauterbach*, Coll. IV., 1. §. 8. *Voetius* Com. IV., 1. nr. 12. etc.

19) Venditiones, donationes, transactiones, quae per potentiam extortae sunt, praecipimus infirmari.

20) Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem, quia est verissimum, nec talem promissionem dotis ullam esse.

21) L. 1. pr. L. 21. §. 1. D. h. t.

alten Standpunkt gar nicht verrückt hat. Hiermit ist aber doch nicht gesagt: daß man sich der Einrede der Furcht nicht bedienen dürfe, könne man sich durch eine andere, etwa die des Vergleichs, schützen Was nun die letzte Stelle betrifft, so würde sie allenfalls etwas für die Gegner beweisen, wenn sie sagte: si quis mero jure et communi auxilio munitus est, non debet etc. Allein sie lautet nicht so, sondern spricht einzig und allein vom Minderjährigen. Nur von diesem sprechen L. 14. et 15. eodem, und mit diesen beiden steht L. 16. in unzertrennlicher Verbindung, wie schon daraus zu entnehmen ist, daß in ihr gar kein Subject des Satzes genannt wird, und das „ei“ nach aller Latinität auf das in L. 14. vorkommende „minor“ gehen muß [22]). Dem steht auch der Nachsatz „utputa cum pupillo“ nicht entgegen, da der Mündel eine Species der Minderjährigen ist. Daß L. 16. pr. ganz speziell ist, beweiset ferner L. 16. §. 3. eodem, wo derselbe Ulpian sagt: *Et generaliter* probandum est, ubi contractus non valet, pro certo Praetorem se non debet interponere. Dieses ist ein allgemeiner Satz, aber er spricht auch blos von der Nichtigkeit; sagt nicht: et generaliter probandum est, ubi aliud ordinarium remedium adest, pro certo etc., und zeigt argumento a contrario, daß das in Betreff der Minderjährigen durch *L.* 16. *pr.* Ausgesprochene nicht bei allen Restitutionen

22) Des Zusammenhangs wegen setze ich die drei Fragmente hieher: (L. 14.) Plane quamdiu is, qui a *minore* rem accepit, aut heres ejus idoneus sit, nihil novi constituendum est in eum, qui rem bona fide emerit; idque et Pomponius scribit. (L. 15) Sed ubi restitutio datur, posterior emptor reverti ad auctorem suum poterit. Per plures quoque personas si emptio ambulaverit, idem juris erit. (L. 16.) In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.

Anwendung finden solle. Die causae cognitio tritt bei allen Restitutionen ein; in einer Stelle aber, wo von diesen im Allgemeinen gehandelt wird, wird auch bestimmt, was man unter causae cognitio im Allgemeinen zu verstehen hat. Es sagt nämlich Modestin: Omnes in integrum restitutiones causa cognita a Praetore promittuntur; *scilicet* ut justitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit [23]. Will aber jemand ex capite *minorennitatis* restituirt seyn, so soll nach L. 16. de minoribus vermittelst der causae cognitio auch das ausgemittelt werden: „ob er sich nicht auf eine andere Weise helfen könne".

In Dig. Lib. IV. Tit. 1. werden die Principien vorgetragen, die von allen Restitutionen gelten; vergebens aber sucht man darin den von mir bestrittenen Satz, und gerade der Umstand, daß in L. 7. dieses Titels Marcellus sagt: „die actio doli finde blos in subsidium statt, weil sie famos sey", beweiset evident für mich. Denn wäre es Grundsatz gewesen, daß alle Restitutionen subsidiär seyen, so hätte es Marcell auch angeführt, indem dieses den Hauptgrund, das Famose der Klage aber einen blos secundären Grund abgegeben haben würde.

§. 6.

Unterwirft man alle durch das Civil- und Honorar-Recht eingeführten Restitutionen einer ernstlichen Prüfung, so überzeugt man sich immer mehr, wie viel der fraglichen Theorie entgegen steht. Wäre sie richtig, so dürfte man sich der Wandel- oder Minderungsklage nur dann bedienen, wenn man sich durch keine andere Klage zu helfen weiß — also schon nicht, im Fall die Klage aus dem Kauf zusteht. Denn jene sind ja Restitutionen im vollen Begriff des Wortes. Aber Labeo und Sabinus, denen Ulpian beitritt, (ein wackeres Trifolium!) erklären die actio redhibitoria et q. m. als

23) L. 3. D. de in int. rest. (4. 1.)

Arten der actio emti [24]. Ferner gestattet Ulpian im primitiven Fall des ädilitischen Edicts die actio emti [25], und endlich läßt in einem und demselben Fall (wenn der Verkäufer eines Menschen dessen Peculium auf eine gewisse Summe angegeben, diese aber sich hernach nicht findet,) Gajus die actio redhibitoria, und Celsus die Klage aus dem Kauf zu [26]. Wie kann man dieß mit der subsidiären Natur aller Restitutionen zusammen reimen? Wie will man, nimmt man die fragliche Theorie an, es erklären, daß nach L. 14. §. 2. D. quod metus (4. 2.) die hereditatis petitio zugleich mit der actio metus gegeben wird? — daß im Fall einer Furcht-Erregung nach L. 14. §. 13. eod. [27] die actiones quod

---

24) L. 11. §. 3. D. de action. emti (19. 1.) Redhibitionem quoque contineri emti judicio (et) Labeo et Sabinus putant, et nos probamus.

25) L. 13. pr. eodem. Julianus lib. XV. inter eum, qui sciens quid, aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione *ex empto*. Ait enim: qui pecus morbosum, aut tignum vitiosum, vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum *ex empto actione* praestaturum, *quanto minorem* essem empturus, si id ita esse scissem; si vero sciens reticuit, et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei. Sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonee venisse, erit praestandum. Vergl. auch L. 6. §. 4. eodem.

26) L. 18. pr. de aed. ed. (21. 1.) vergl. mit L. 38. pr. de act. empti (19. 1.) vergl. auch L. 34. eod. si, fundo vendito, in *qualitate* jugerum captio est, ex *empto* erit actio.

27) Eum, qui metum fecit, et de dolo teneri certum est. Verglichen mit *Pauli Sent. rec.* I., VIII. §. 2. Qui dolum aut metum adhibuit, ut res ad alium transiret, uterque de vi et de dolo actione tenebitur. Hier scheint offenbar L. 7. §. 1. D. de in int. r. (4. 1.) entgegen zu stehen. Den Interpreten war die Stelle bei Paulus ein Stein des An-

metus et de dolo alternativ zustehen sollen? Durch das proconsularische Edict über die alienatio judicii mutandi causa facta wird eine reine Restitution ertheilt, in sofern die gegen den Besitzer zugestandene, durch Aufgebung des Besitzes evanescirte, Klage dem Berechtigten wieder hergestellt wird. In den meisten Fällen wird aber der Letztere sich auch auf andere Art helfen können, besonders wenn ihm ein dingliches Recht zustand; und doch sagt der Proconsul auch kein Wort davon, daß in solchen Fällen das Edict keine Anwendung finden solle! Mit einem Worte, man prüfe den

---

stoßes. Cujacius erklärt sie, mit Bezug auf L. 15. §. pen. de dolo (4.3.) u. L. 14. §. 5. quod metus (4. 2.), so: „Wenn A in Auftrag des B durch Furcht-Erregung oder Betrug bewirkt hat, daß die Sache des C an den B übergehe, so wird der letztere in quantum ad eum pervenit, A aber in solidum belangt". Damit ist die Schwierigkeit noch nicht gehoben, die darin liegt, daß beide Klagen mixtim gegeben werden. Sodann erzeugt offenbar das uterque eine corrupte Latinität; und nach der ganzen Anlage des Satzes ist blos von einer Person als Subject des tenebitur die Rede. *Qui* in *si quis* zu verändern, hilft nichts, und noch weniger in *is qui*, wie Rittersh. will. Ferner ist in L. 14. §. 13. doch gewiß nicht von zweien Personen die Rede, sondern von einer, gegen die wegen Furcht-Erregung actio metus und *doli* zuläßig seyn soll; denn daß der Prätor die actio doli doch zurückweise, (wie einige wollen,) steht nicht im Gesetz. Liest man nun in der Stelle bei Paulus, um doch wenigstens einen Sinn in sie, und um sie in Einklang mit L. 14. §. 13. zu bringen, statt uterque „utraque", oder behält uterque bei, bezieht es aber auf dolus und metus, so hat man das mißliche Resultat bekommen, daß die actio doli statt findet, wenn der Betrogene sich auch sonst helfen kann! Ich glaube, daß eine Unterscheidung der aus einem dolus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten, mit Rücksicht auf den, der sie einführte, den Schlüssel zu diesen und andern, scheinbar dunkeln, Gesetzstellen liefern kann. Eine nähere Entwickelung meiner Ansicht würde die Gränze der, ohnehin sattsam angeschwollenen, Note überschreiten — daher hiervon bei einer andern Gelegenheit.

ganzen Cyclus der durch die Magistraten geschaffenen Restitutionen [28]), und man wird auch nicht ein einzigesmal, vom dolus abgesehen, den Satz der L. 16. wiederholt finden. Eben so wenig bei den Restitutionen des Civilrechts [29]). Es versteht sich von selbst, daß ein Gesetz blos dann Anwendung findet, wenn der Fall, den es unterstellt, und für den es gegeben wurde, vorhanden ist; dadurch wird es nicht subsidiär, sondern blos dann, wenn Verhältnisse, welche genau ihm anpassen, nicht unter dasselbe subsumirt werden sollen, so lange sie sich unter ein anderes classifiziren lassen. Es beweiset daher auch der Pandektentitel de praescriptis verbis nichts gegen mich. Die Tendenz dieses Titels ist einzig und allein, neue Namen zu schaffen für Rechtsverhältnisse, die bisher keinen hatten, oder vielmehr, diese unter einen allgemeinen zu colligiren; und es ist sehr natürlich, daß man ein bereits getauftes Kind nicht noch einmal zu taufen braucht. Im übrigen gilt der Satz auch bei den Restitutionen des Civilrechts, „daß man sich ihrer bedienen könne, gleichviel ob ein anderes Rechtsmittel vorhanden oder nicht“. Man wird im Legaltext nichts dawider finden, wohl aber dafür. So sagt z. B. Ulpian: Plane si mihi proponas, mulierem veteri debitori successisse, dicendum erit, restitutoria conveniri posse; sed et directa actione; nihil enim ejus interest, qua actione conveniatur [30]). Es ist in der That auch nicht einzusehen, was dem Verpflichteten daran liegt, wenn man ihm denn doch das Object abnehmen darf, ob dieß mit der rechten oder der linken Hand, mit dieser oder jener Klage geschieht.

§. 7.

Es kommt nun darauf an, die Sache auf feste Principien zu bringen.

---

28) Verzeichnet bei Thibaut, a. a. O. §. 1005.
29) *Thibaut* l. c.
30) L. 8. §. 13. D. ad S. C. Vellej. (16. 1.)

Will man das Außerordentliche eines Rechtsmittels aus ihm selbst, aus seiner Wesenheit, ergründen, so geräth man in das Reich der Ungereimtheit. Denn soll das Criterion in der Unbilligkeit, oder zu großen Billigkeit, liegen, so hieße das, eine Satyre auf den Gesetzgeber machen; oder etwa darin, daß es gegen ein älteres Recht anstrebt, oder neue Formen angeht? Dann hätten wir gar keine ordentlichen Rechtsmittel, und wären dieß höchstens die Gesetze der XII Tafeln. Soll alles, was der Prätor einführte, außerordentlich seyn, so tritt die Rechtsgeschichte abwehrend entgegen. Die Interdicta gehören dem Prätor an, und waren ursprünglich judicia ordinaria [31]). Soll aber die Außerordentlichkeit daher deducirt werden, daß ein oder das andere Rechtsmittel gesetzlich außerordentlich genannt wird, so steht dem nichts entgegen; aber dann vereinige man solche, zufälliger Weise so bezeichnete, Rm. nicht zu dem Ende zu einem Genus, um ein falsches Prinzip in sie hinein zu tragen, d. h. um nun anzunehmen, „daß sie blos in Ermanglung anderer Rechtsmittel statt fänden". Daß die Interdicte, so wie was an deren Stelle getreten, nicht subsidiär sind, stellt kein Mensch in Abrede — und doch lautet, nach den etwa zu Zeiten Diocletians mit den ursprünglichen Interdicten vorgenommenen Veränderungen [32]), das Rubr. Dig. XLIII., 1.: „de interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt". Der rechtshistorische Unterschied zwischen judicia ordinaria und extraordinaria, an und für sich schon blos in der Form bestehend, je nachdem eine lex perpetua zu Grunde lag oder nicht, war der That nach schon unter Sulla Antiquität geworden, unbedingt aber unter den Kaisern, und begründete nie einen Unterschied in Beziehung auf die Wirkung; am allerwenigsten aber ist der Ausdruck extraordinarium auxilium

31) Mnsc. Veron. p. 144. Savigny, das Recht des Besitzes, S. 402. ff. (Ed. 1818.)
32) Savigny, l. c.

in L. 16. pr. de minor., so wie das, was in Beziehung hierauf in diesem Gesetz verordnet wird, mit jenen in Wechselwirkung zu bringen. Das Prinzip, welches der L. 16. zum Grunde liegt, ist folgendes: Es kommen im Römischen Recht mehrere Rechtsmittel 33) mit dem Zusatz vor, „daß man sich ihrer nur dann bedienen dürfe, wenn man sich auf andere Weise nicht zu helfen weiß". Dieß ist nur bei prätorischen Instituten, aber auch nur bei einigen, nicht bei allen, vorgeschrieben, ist höchst speciell, und leidet keine Ausdehnung. Jener Zusatz entstand aus der engen, desungeachtet überschrittenen, Befugniß des Prätors, und bei der actio de dolo concurrirten die Begriffe der Römer über id quod honestum est. Wo jene Vorschrift nicht ausdrücklich wiederholt wird, findet sie auch keine Anwendung, sondern es gilt der allgemeine Satz, „daß, wenn einem Berechtigten zur Erlangung eines Objects mehrere Wege offen stehen, er wählen kann, welchen er will"; und werden durch ein neues Gesetz zu den rechtlichen Folgen, die irgend eine Handlung hat, noch neue hinzugethan, so laufen nun alle parallel, wenn das neuere Gesetz nicht ausdrücklich ein anderes verfügt hat. Dieses sagt L. 41. pr. D. de O. et A. 44. 7., quotiens lex obligationem introducit, nisi si nominatim caverit, ut sola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere 34). Sprächen die Gesetze anders, so würden sie dem Rabulisten eine herrliche Aussicht eröffnen. Hat einer den andern mit dem Bakel in der Hand zu der Unterschrift eines Wechsels gezwungen, kann also vis und metus nicht leugnen, so fängt er an, mit der Vorfrage zu chicaniren: ob sich der Gezwungene nicht auf andere Weise helfen

33) Außer L. 16. pr. de minorib. auch z. B. L. 9. pr. D. de edendo (2. 13.)

34) Daß unter lex auch das jus honorarium zu verstehen ist, zeigt schon *Cicero* in Verrem Cap. 42.

könnte? [35]) — und übergibt somit die Hauptsache der Unsterblichkeit.

§. 8.

Ich kehre nunmehr zu den Provocationen zurück. Daß man L. 16. pr. de minoribus auf alle Restitutionen ausdehnte, ist erklärlich, daß man sie aber auch auf die Provocationen anwandte, ist unbegreiflich. Kahl und unzureichend ist die Antwort: „man hielte sie für außerordentliche Rechtsmittel;" sondern es fragt sich: was berechtigte, sie dafür zu halten? Gesetzt L. 16. cit. gälte für alle Restitutionen, für alle Prätorischen, Aedilitischen, Proconsularischen Institute, so ist doch das durch das Reichsgesetz eingeführte Rechtsmittel kein Prätorisches, und sind doch die conditores juris germanici keine römischen Magistratus! Das Reichsgesetz sagt unbedingt:

> Wer sich eines Anspruchs an dich berühmt, den kannst du auffordern, desselben Wahrheit zu beweisen *c.

und die Rechtsgelehrten setzen hinzu:

> aber nur dann, wenn du dir sonst nicht helfen kannst.

Die Reichsgesetze basiren auf einem Römischen Gesetz, das mit dem Prätorischen Recht gar nichts zu schaffen hat, und die Rechtsgelehrten ziehen eine Prätorische Satzung herüber, die, höchst speziell, ruhig da gelassen werden muß, wo sie ist.

Die Provocationen sind daher nicht subsidiär, keine außerordentlichen Rechtsmittel, und kann man sich ihrer bedienen, wenn auch andere Mittel zustehen. Uebertriebene Vorliebe zu den Provocationen wird man mir nach der Abh. I. [36]) nicht vorwerfen können. Besser, so glaube ich, sie wären gar nicht! Allein dieser noch so gerechte Wunsch befugt nicht dazu, dem klaren Willen des positiven Gesetzes Gewalt anzuthun [37]).

35) Wer muß den Beweis führen?
36) Bd. 3. S. 326. ff.
37) Die Abhandlung III. nächstens.